

## Il ruolo della trasparenza in materia di aiuti di Stato

di **Benedetta Biancardi**

### ABSTRACT

*The paper analyses the essential role played by the rules on transparency in the enforcement of State aid law, focusing on both specific rules regarding the transparency of financial transactions and general rules regarding the access to information and documents related to potential recipients of State aid measures. Transparency is also addressed as a tool to ease the opening up of new markets to competition. The focus is on the specific transparency requirements set by the EU Regulation n. 1370/2007 on railway transport and the related recent string of national administrative case law, which outlined the deep interaction between transparency and State aid rules in this sector.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Trasparenza e relazioni finanziarie. – 2.1. La *ratio* degli obblighi imposti dalla direttiva 2006/111/EC. – 2.2. La complessa e stratificata trasposizione a livello nazionale. – 2.2.1. La trasposizione dell'obbligo di separazione contabile. – 2.2.2. La trasposizione delle regole sulla trasparenza delle assegnazioni di risorse pubbliche. – 2.3. Il registro nazionale degli aiuti di Stato. – 3. Trasparenza ed apertura dei mercati: il caso emblematico del settore del trasporto ferroviario. – 3.1. L'impatto degli obblighi di pubblicità e trasparenza nel caso Arriva Italia Sardegna. – 3.2. La (mancata) trasparenza nella complessa vicenda di Arriva Italia Puglia. – 4. Trasparenza come strumento di tutela: il difficile equilibrio in materia di diritto d'accesso. – 4.1. Il quadro normativo generale ... – 4.2. ... e l'interpretazione giurisprudenziale: ancora sul caso Arriva Italia Sardegna. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Introduzione

Il raggiungimento di un adeguato livello di trasparenza, in tutte le sue diverse accezioni, costituisce un obiettivo centrale in materia di aiuti di Stato. La complessa regolamentazione posta dall'Unione Europea, al fine di prevenire la concessione di aiuti incompatibili con il mercato interno, non può, infatti, trovare piena ed effettiva attuazione se non è assistita e completata da un'adeguata normativa in materia di trasparenza.

Occorre subito precisare come anche in materia di aiuti di Stato la trasparenza assuma significati ed applicazioni diverse tra loro<sup>1</sup>. Dalle recenti pronunce qui oggetto di analisi, emergono diverse accezioni cui corrispondono, come meglio si dirà, regole e problematiche specifiche, ma che restano essenzialmente legate da una *ratio* unitaria di tutela e controllo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sui molteplici significati del concetto di trasparenza si veda da ultimo A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 311 ss.

<sup>2</sup> Per l'analisi approfondita della giurisprudenza qui richiamata e, più in generale, della recente

Il contributo analizzerà innanzitutto l'esigenza di trasparenza intesa come trasparenza delle relazioni finanziarie tra lo Stato, *latu senso* inteso, ed i potenziali beneficiari degli aiuti. È evidente infatti che il primo passo per impedire la concessione di aiuti incompatibili è quello di consentire alle autorità deputate, *in primis* la stessa Commissione europea, di identificare la presenza di simili misure a favore di determinati operatori economici<sup>3</sup>. La centralità e la finalità preventiva di queste regole sono state pienamente confermate dal recente contenzioso nazionale in materia. In questa sezione si offrirà altresì una panoramica sul neonato strumento del registro nazionale degli aiuti di Stato, sugli obiettivi da questo perseguiti e sulle relative modalità di attuazione.

Successivamente lo studio si concentrerà sulle regole poste dal legislatore europeo, e recepite a livello nazionale, per consentire l'apertura – ed in ogni caso la regolazione – di determinati settori economici, in particolare il settore dei trasporti ferroviari. Sotto questo secondo profilo, con il termine trasparenza si fa riferimento a tutte quelle regole che consentono agli operatori economici che vogliano entrare in un determinato mercato settoriale, da un lato, di conoscere l'esistenza di tale possibilità e le modalità con cui l'autorità pubblica deputata intende svolgere il procedimento di apertura alla concorrenza e, dall'altro, di avere adeguata informazione circa le condizioni economiche garantite sino a quel momento all'operatore monopolista di settore. Da questo punto di vista, il settore dei trasporti appare emblematico. In questo ambito, infatti, il giudice amministrativo si è recentemente espresso con una serie di importanti e controverse pronunce, le quali hanno messo in luce le tensioni ed i diversi interessi in gioco, così come i limiti dell'attuale quadro normativo e le esigenze di un inquadramento più coerente della materia.

Il terzo profilo di indagine investe la tutela ed appare funzionalmente collegato ai due ambiti, più sostanziali, sopra delineati. Non basta, invero, porre regole adeguate se non le si completa con altrettanto adeguati strumenti di tutela, soprattutto a favore dei privati concorrenti. La trasparenza intesa come possibilità di accedere alle informazioni relative alle varie misure di sovvenzioni gioca quindi un ruolo fondamentale in materia di *private enforcement*. In quest'ottica, emerge soprattutto il delicato profilo dei limiti, per i concorrenti, al diritto di accesso alle informazioni relative agli aiuti concessi ai beneficiari e, più in generale, alla loro struttura economica, rispetto al diritto alla protezione delle informazioni commerciali e dei segreti industriali delle imprese (asseritamente) beneficiarie. Il punto di equilibrio raggiunto in alcune recenti sentenze del giudice amministrativo ci pone di fronte ad una serie di interrogativi circa la tenuta e l'effettività del sistema.

---

giurisprudenza amministrativa in materia di aiuti di Stato si rinvia al contributo di R. CARANTA, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, in questo numero della Rivista.

<sup>3</sup> Per un'interessante analisi sul ruolo della Commissione e delle autorità nazionali nel controllo della normativa in materia di aiuti di Stato si veda C.M. COLOMBO, *State aid control in the modernisation era: Moving towards a differentiated administrative integration*, in *Eur. La. Journ.* 2019, 25, p. 292 ss.

## 2. Trasparenza e relazioni finanziarie:

### 2.1. La *ratio* degli obblighi imposti dalla direttiva 2006/111/EC

L'Unione Europea si è posta, già a partire dagli anni '80<sup>4</sup>, il problema di assicurare la trasparenza delle relazioni finanziarie degli Stati membri e delle imprese pubbliche per prevenire distorsioni del mercato<sup>5</sup>. La necessità di rendere trasparenti i trasferimenti di denaro, direttamente o indirettamente, pubblico è stata particolarmente avvertita proprio con riferimento alla materia degli aiuti di Stato, in quanto il trasferimento di risorse statali costituisce uno dei quattro elementi che integrano un aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 107(1) TFUE<sup>6</sup>.

Conseguentemente, il legislatore europeo ha elaborato un sistema di regole volte a facilitare il ruolo di sorveglianza della Commissione; regole che sono state ripetutamente modificate ed integrate, sino all'adozione dell'attuale direttiva 2006/111/CE *relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese*<sup>7</sup>.

La *ratio* sottesa all'adozione di tali regole è subito chiarita nel preambolo della direttiva, il quale afferma che: «*un'applicazione efficace ed equa alle imprese pubbliche e private delle regole del Trattato relative agli aiuti non può essere operata sino a quando tali relazioni finanziarie non siano rese trasparenti. Peraltro, in materia di imprese pubbliche, detta trasparenza deve permettere di distinguere chiaramente fra il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico ed in quanto proprietario*»<sup>8</sup>.

Il preambolo chiarisce altresì che la trasparenza deve essere assicurata indipendentemente dalle modalità secondo cui dette assegnazioni e trasferimenti di risorse siano effettuati; parimenti è necessario assicurare una conoscenza adeguata delle motivazioni che hanno dato origine a tali assegnazioni di denaro pubblico, così come della loro utilizzazione in concreto<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> La prima versione della direttiva sulla trasparenza è costituita dalla direttiva 80/723/CEE *relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese*.

<sup>5</sup> La migliore dottrina ha infatti da tempo sottolineato come «*il concetto di trasparenza è strettamente legato a quello di parità di trattamento*» (mia traduzione di L. HANCHER, *Public Sector Aid*, L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT (a cura di), *EU State aids*, Sweet and Maxwell, Londra, 2012, para 8-015).

<sup>6</sup> L'art. 107(1) stabilisce che: «*sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza*». La fondamentale sentenza *Altmark* ha enucleato i quattro requisiti fondamentali, che emergono dalla definizione dell'art. 107: «*in primo luogo deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra gli Stati membri. In terzo luogo, deve concedere un vantaggio al suo beneficiario. In quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza*» (*Altmark*, C-280/00, sent. 24 luglio 2003, Racc. p. I-7747, punto 75). Per avere un quadro di carattere generale sulla nozione di aiuto di Stato si veda, tra gli altri, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2012 p. 812 ss.; A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, CEDAM, Padova, 2012, p. 5 ss.; K. BACON, *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press, Oxford, 2013, para. 2.01 ss.

<sup>7</sup> direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, *relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese*.

<sup>8</sup> Considerando § 7 e 8.

<sup>9</sup> Considerando § 13.

Il titolo della direttiva identifica subito i due tipi di relazioni finanziarie sottoposte agli obblighi di trasparenza: (a) le assegnazioni di risorse pubbliche che lo Stato elargisce, anche indirettamente, a favore delle imprese pubbliche e (b) le assegnazioni che vedono coinvolte determinate imprese, pubbliche o private, tenute alla contabilità separata in quanto svolgono contemporaneamente servizi di interesse pubblico e attività in regime concorrenziale.

Conseguentemente, la direttiva stabilisce all'articolo 1 due obblighi fondamentali: (1) assicurare la trasparenza delle relazioni finanziarie tra poteri pubblici (i.e. lo Stato in senso stretto) ed imprese pubbliche, facendo risultare le assegnazioni dirette o indirette di risorse pubbliche<sup>10</sup>; (2) assicurare che la struttura finanziaria e organizzativa delle imprese tenute all'obbligo di separazione contabile sia tale da consentire di individuare chiaramente – i.e. in modo trasparente – i costi e ricavi delle diverse attività ed i relativi metodi di allocazione<sup>11</sup>.

Al riguardo, la direttiva chiarisce che sono tenute all'obbligo di contabilità separata tutte quelle imprese che (i) fruiscono di diritti speciali o esclusivi riconosciuti da uno Stato membro ai sensi dell'attuale art. 106, comma 1, TFUE, (ii) sono incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (SIEG) a norma dell'art. 106, comma 2 del Trattato, che ricevono compensazioni in qualsiasi forma per prestazioni di servizio pubblico in relazione a tali servizi e che esercitino anche altre attività, in regime di mercato<sup>12</sup>. In altre parole, imprese che svolgono «attività miste»<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> L'art. 1, comma 1, della direttiva prescrive che: «Gli Stati membri assicurano, nei modi previsti dalla presente direttiva, la trasparenza delle relazioni finanziarie tra i poteri pubblici e le imprese pubbliche facendo risultare quanto segue: a) le assegnazioni di risorse pubbliche operate dai poteri pubblici direttamente alle imprese pubbliche interessate; b) le assegnazioni di risorse pubbliche effettuate da parte dei poteri pubblici tramite imprese pubbliche o enti finanziari; c) l'utilizzazione effettiva di tali risorse pubbliche. Al riguardo la Commissione ha recentemente ribadito che: anche le risorse delle imprese pubbliche costituiscono risorse statali ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato in quanto lo Stato è in grado di orientare l'utilizzazione di tali risorse. Ai fini della normativa sugli aiuti di Stato, anche i trasferimenti all'interno di un gruppo pubblico possono costituire aiuti di Stato se, ad esempio, le risorse sono trasferite dalla società madre alla sua controllata (anche se si tratta di un'unica impresa da un punto di vista economico)» (Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C 262/01, para 49 e giurisprudenza ivi richiamata).

<sup>11</sup> L'art. 1, comma 2, della direttiva impone che: «gli Stati membri provvedono affinché la struttura finanziaria ed organizzativa delle imprese soggette all'obbligo di tenere una contabilità separata risulti correttamente da tale contabilità, in modo che emerga chiaramente quanto segue: a) i costi e i ricavi relativi alle distinte attività; b) i metodi dettagliati con i quali detti costi e ricavi sono imputati o attribuiti alle distinte attività».

<sup>12</sup> Si veda art. 2, lett. d), della direttiva, secondo cui per impresa soggetta all'obbligo di tenere una contabilità separata si intende «ogni impresa che fruisca di diritti speciali o esclusivi riconosciuti da uno Stato membro a norma dell'articolo 86, paragrafo 1, del trattato o sia incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato, che riceva compensazioni in qualsiasi forma per prestazioni di servizio pubblico in relazione a tali servizi e che eserciti anche altre attività».

<sup>13</sup> Per un'analisi generale sui SIEG: E. SZYSZCZAK, *Service of General Economic Interest*, in B. Nascimbene (a cura di), *The Modernisation of EU State Aid Control: Evolution and Perspectives of the EU Rules on State aids and Services of General Economic Interest*, Springer, Cham, 2018 p. 91 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. comunit.*, 2006, p. 747 ss.; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 453 ss.; con particolare riferimento alla regolazione dei SIEG si veda F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*,



L'obbligo di separazione contabile – che nulla è se non una delle declinazioni del più generale obbligo di trasparenza delle relazioni finanziarie – viene quindi imposto proprio a quelle imprese che sono più a rischio di trasformare una legittima assegnazione in un aiuto di Stato illegittimo, in particolare attraverso la pratica dei finanziamenti incrociati<sup>14</sup>.

In altre parole, lo Stato ha la necessità di attribuire condizioni e trattamenti economici speciali (sotto forma di diritti esclusivi, speciali o compensazioni) a determinati operatori per neutralizzare un fallimento di mercato e per svolgere un determinato servizio secondo modalità e livelli che nessun operatore privato potrebbe garantire o che comunque non garantirebbe 'spontaneamente' a quelle condizioni; tuttavia, si è sempre voluto evitare che le imprese destinatarie facciano un uso distorto ed anticoncorrenziale di tali attribuzioni speciali, soprattutto se operano altresì in regime di concorrenza con altri operatori privati.

Appare opportuno precisare come il rispetto di questi obblighi di trasparenza, ed in particolare di separazione contabile, è stato espressamente ribadito dalla Commissione Europea anche con riferimento alle imprese c.d. *in-house providing*<sup>15</sup>.

La Commissione ha infatti precisato che «*la decisione di un'autorità pubblica di non permettere a terzi di svolgere un determinato servizio (ad esempio perché desidera prestare il servizio in proprio), non esclude l'esistenza di un'attività economica. Nonostante tale chiusura del mercato, un'attività economica può esistere se altri operatori sono disposti a fornire il servizio nel mercato interessato e possono farlo. In linea generale, il fatto che un particolare servizio sia prestato in proprio non incide sulla natura economica dell'attività*»<sup>16</sup>.

Pur non menzionando direttamente né la formula *in-house providing*, né la normativa in materia di aiuti di Stato, la Commissione, con questa affermazione, sembra voler regolare anche l'interazione tra questi due aspetti, posto che la normativa sugli aiuti di Stato si applica ogni qual volta si è in presenza di un'attività economica<sup>17</sup>.

---

Giappichelli, Torino, 2010, p. 52 ss. e E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, *ibidem*, p. 75 ss.

<sup>14</sup> Sulla nozione di finanziamenti incrociati si vedano in generale: G. CARULLO, *Aiuti di Stato: la modernizzazione del ruolo dello stato finanziatore quale motore dello sviluppo dei servizi di interesse economico generale*, in *Concorrenza e Mercato*, 2015, p. 5; L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 97; M.T. CIRENEI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della disciplina trasparenza* in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2001 p. 281 ss. Si vedano altresì M. HONORÉ, *Public Activities on Commercial Markets: The Issue of Cross-subsidisation*, 2017, 2, EStAL, p. 181 ss.; L. NISTOR, *Public Services and the European Union: Healthcare, Health Insurance and Education Services*, TMC Asser Press, l'Aja, 2011, p. 263 ss; L. HANCHER, *Public Sector Aid*, cit., parr. 8-051 ss.; G.S. ØLYKKE, *Abnormally Low Tenders – with an Emphasis on Public Tenderers*, DJØF, Copenhagen 2010, capp. 3 e 8. Sia infine consentito un rinvio a B. BIANCARDI, *Abnormally low tenders of public providers: a cross-subsidisation issue?*, EPPPL, 2018, 4, p. 270 ss.

<sup>15</sup> Per un'interessante analisi si veda G.S. ØLYKKE, *A state aid perspective on certain elements of Article 12 of the new Public Sector Directive on in-house provision*, in *PPLR*, 2015, 1, p. 1 ss.

<sup>16</sup> Comunicazione della Commissione, cit., par. 14. Cfr. altresì le conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed del 28 settembre 2006 in *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, sent. C-295/05, Racc. p. I-02999, punti 110-116.

<sup>17</sup> Caso *Hofner and Elser*, C-41/90, sent. 23 aprile 1991, Racc. p. I-1979, punto 21; Caso *Ministero dell'Economia e delle Finanze c Cassa di Risparmio di Firenze*, C-222/04, sent. 10 gennaio 2006, Racc. p. I-289, punto 112; per un'analisi si veda A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition rules*, Hart, Londra, 2015, p. 135 ss.; V. HATZOPOULOS, *The concept of 'economic activity' in the EU Treaty: from ideological dead-ends to workable judicial*

Per il vero, con tale assunto, la Commissione ha inteso, più in generale, sottolineare l'esigenza di trasparenza proprio in quei settori non ancora aperti alla concorrenza. In altre parole, riprendendo la schematizzazione proposta in introduzione, la Commissione mira qui a garantire tanto la prima, quanto la seconda accezione di trasparenza, i.e. trasparenza delle relazioni finanziarie e trasparenza nei settori non ancora interamente aperti al mercato. Molto significativo, al riguardo, appare il riferimento che la stessa Commissione fa nella Comunicazione proprio al regolamento n. 1370/2007 in materia di trasporto passeggeri ed alla possibilità ivi regolata di garantire tali servizi anche in regime di controllo analogo<sup>18</sup>.

La scelta di porre tutte le attività pubbliche 'svolte in proprio' dallo Stato sotto il cappello della normativa sugli aiuti di Stato e, quindi, anche delle relative regole in materia di trasparenza finanziaria non è certo priva di implicazioni per la tenuta del sistema dell'*in-house providing*; tuttavia, tale scelta appare coerente con la summenzionata *ratio*, propria dell'obbligo di contabilità separata.

Peraltro, alcune recenti pronunce del giudice amministrativo hanno confermato la centralità che l'obbligo di separazione contabile riveste, ai fini della qualificazione o meno di un determinato schema come aiuto di Stato illegittimo. Si vuole qui fare riferimento, in particolare, come esempio positivo di applicazione delle regole in materia di separazione contabile, al recente caso *Cineca*<sup>19</sup>, in cui il Consiglio di Stato ha ribadito che, anche laddove un soggetto sia qualificabile operatore in-house (cosa peraltro esclusa nel caso in esame) questi è comunque sottoposto al rispetto degli obblighi di trasparenza e separazione contabile, così come al rispetto dei requisiti Altmark. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che tali obblighi e requisiti non fossero rispettati e che, viceversa, il finanziamento ricevuto (i) costituisse un aiuto di Stato, in quanto integrante tutti i requisiti ai sensi dell'art. 107, comma 1, TFUE e (ii) che tale aiuto fosse illegale, in quanto non previamente notificato, ex art. 108, comma 3, TFUE<sup>20</sup>.

## 2.2. La complessa e stratificata trasposizione a livello nazionale

La direttiva 2006/111/EC ha il pregio di condensare le regole sulla trasparenza delle relazioni finanziarie 'pubbliche' in un testo relativamente compatto e chiaro<sup>21</sup>.

Non si può dire altrettanto a livello nazionale.

La trasposizione nell'ordinamento italiano delle regole europee sulla trasparenza delle relazioni finanziarie è avvenuta secondo un procedimento stratificato nel tempo ed il cui risultato attuale è la compresenza di regole solo in parte complementari, contenute in testi normativi diversi, continuamente modificati, e non sempre immediatamente riconducibili alla normativa in materia di aiuti di

---

concepts, in *College of Europe Research Paper in Law*, 6/2011.

<sup>18</sup> La Comunicazione, in nota al par. 14, cita infatti l'art. 5, par. 2, e l'art. 6, par. 1 del regolamento n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, oggetto di approfondita analisi nei paragrafi successivi del contributo.

<sup>19</sup> Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2018, n. 6009.

<sup>20</sup> Sull'obbligo di previa notifica si veda G. TESAURO, *op. cit.*, p. 840 ss; PISAPIA, *op. cit.*, p. 37 ss.; BACON, *op. cit.*, par. 18.01 ss.; J. FAULL-A. NIKPAY (a cura di) *The EU law of competition*, Oxford University Press, Oxford, 2014, para 17.402 ss.

<sup>21</sup> Sui limiti e le possibilità di miglioramento della direttiva sia consentito il rinvio a B. BIANCARDI, *op. cit.*, p. 274.

Stato.

### 2.2.1. La trasposizione dell'obbligo di separazione contabile

L'obbligo di separazione contabile è contenuto e disciplinato in tre diversi testi normativi nazionali.

Il primo testo legislativo che viene in rilievo è la c.d. legge Antitrust del 1990<sup>22</sup>, il cui art. 8, comma 2, stabilisce, in linea generale, che le imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato non sono tenute al rispetto delle regole in materia di concorrenza – poste dalla stessa legge Antitrust – per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati<sup>23</sup>. Tuttavia, il successivo comma 2-bis subito precisa che qualora tali imprese intendano svolgere anche altre attività in mercati diversi, in regime concorrenziale, esse sono tenute ad operare *mediante società separate*.

In caso di costituzione di tali società separate, la norma impone l'obbligo di preventiva comunicazione all'Autorità Antitrust<sup>24</sup>, prevedendo una specifica sanzione in caso di violazione<sup>25</sup>.

Significativamente, la norma stabilisce altresì che qualora tali imprese rendano disponibili beni o servizi di cui abbiano la disponibilità esclusiva, in dipendenza delle attività svolte ai sensi del comma 2, a società da esse partecipate o controllate nei 'mercati diversi', esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti. Il legislatore precisa espressamente che tale obbligo è imposto « *al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica* »<sup>26</sup>.

Pur perseguendo la medesima *ratio*, la previsione interna impone quindi uno standard di separazione più elevato rispetto a quello previsto dalla direttiva europea sulla trasparenza, dal momento che richiede non una semplice 'separazione contabile', ma una vera e propria 'separazione societaria'<sup>27</sup>.

Indubbiamente, una simile impostazione garantisce un elevato livello di trasparenza delle relazioni finanziarie pubbliche, ma ha altresì rappresentato un onere organizzativo gestionale molto incisivo per le imprese interessate, contribuendo alla proliferazione di un gran numero di entità pubbliche nel mercato interno; fenomeno, quest'ultimo, che ha portato spesso a gravi inefficienze e sprechi sul piano economico.

La modifica legislativa prevista dal Codice delle società a partecipazione pubblica (T.U.S.P.P.)<sup>28</sup> è stata verosimilmente introdotta proprio al fine di

<sup>22</sup> Legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come successivamente modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57.

<sup>23</sup> In questo senso, l'art. 8, comma 2 recepisce il principio sancito dall'art. 106, comma 2, TFUE.

<sup>24</sup> Art. 8, comma 2-ter.

<sup>25</sup> Art. 8, comma 2-sexies.

<sup>26</sup> Art. 8, comma 2-quater.

<sup>27</sup> Per un'analisi si veda V. MELI, *La modifica dell'art. 8 della legge antitrust*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 1084; M. BERETTA-M D'OSTUNI, *Il Sistema di controllo delle concentrazioni in Italia*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 241 ss.

<sup>28</sup> D.lgs. 19 ottobre 2016, n. 175, *Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*; per un'analisi generale sul testo normativo: V. DONATIVI *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer, Milano, 2016).

ridurre questi fenomeni e favorire l'ormai prevalente ottica di liberalizzazione e dismissione delle quote societarie pubbliche non strettamente necessarie al perseguimento di interessi pubblici<sup>29</sup>.

L'art. 6 T.U.S.P.P. ha infatti introdotto un'importante deroga alla regola generale posta dall'art. 8 della legge Antitrust, prevedendo che:

*«Le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività»*<sup>30</sup>.

In altre parole, il legislatore nazionale ha inteso adeguarsi allo standard europeo, almeno con riferimento ad un certo tipo di imprese pubbliche. È infatti importante sottolineare come la nozione di impresa soggetta a controllo pubblico non equivalga a quella di impresa pubblica.

L'analisi compiuta della nozione di impresa soggetta a controllo pubblico, così come delle eventuali ipotesi in cui, in concreto, si possano avere imprese affidatarie di SIEG che non siano, altresì, destinatarie di diritti esclusivi o speciali, trascende l'obiettivo del presente contributo<sup>31</sup>. Preme qui solo sottolineare come, sebbene l'art. 6 si ponga formalmente come una deroga alla regola generale di separazione societaria, il suo impatto generale è molto rilevante in quanto si applica alla maggior parte delle imprese che svolgono attività miste<sup>32</sup>.

A complicare ulteriormente il quadro sin qui delineato si pone il d.lgs. 11 novembre 2003, n. 333, il quale ha dato attuazione alla direttiva 2000/52/CE, che interveniva a modificare l'originaria versione del 1980 della direttiva sulla trasparenza e che è stata ormai abrogata dall'attuale direttiva 2006/111/EC (vedi *supra*). Tuttavia, la trasposizione a livello nazionale è rimasta, almeno formalmente, operante ed invariata e crea, quindi, non pochi problemi di coordinamento con le due previsioni dell'art. 8 della legge Antitrust e dell'art. 6 T.U.S.P.P.<sup>33</sup>.

Il d.lgs. n. 333/2003, infatti, ha introdotto in maniera assolutamente tralatizia, anche dal punto di vista della struttura del testo normativo, gli obblighi previsti dalla vecchia direttiva europea sulla trasparenza, incluso l'obbligo di separazione contabile<sup>34</sup>.

Verrebbe da chiedersi, allora, quale sia stata la necessità per il legislatore del 2016 di introdurre una specifica deroga alla separazione societaria (e a far

---

<sup>29</sup> M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Gior. di dir. amm.*, 2017, p. 441 ss.

<sup>30</sup> Art. 6, comma 1; per un'analisi si veda A. MAURO-G. ANTONICELLI, *I principi fondamentali in materia di governance: l'organizzazione e gli organi societari*, in M. LACCHINI-C. ALESSIO MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico*, Giapichelli, Torino, 2017.

<sup>31</sup> Per un'analisi si veda V. DONATIVI, *Società a controllo pubblico e società a partecipazione pubblica maggioritaria* in *Giur. Comm.*, 5, 2018, p. 747 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit.

<sup>32</sup> A. DI NUNZIO-E. DE CARLO, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica* in M. MESCHINO-A. LALLI (a cura di), *Le società partecipate dopo la Riforma Madia. Commento organico al D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, DIKE, Roma, 2016.

<sup>33</sup> Si veda il commento di F. GUERRERA all'art. 6 del d.lgs. n. 175/2016 in G. MORBIDELLI (ed.) *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 204 ss.

<sup>34</sup> Cfr art. 1, comma 2 e art. 2, lett. d), d.lgs. n. 333/2003.



riferimento unicamente alla legge antitrust), posto che tale possibilità era già prevista, in via generale, in forza del d.lgs. del 2003.

Per altro verso, ci si chiede se la riforma del 2016 non abbia inteso abrogare implicitamente quanto previsto dalla normativa del 2003.

Il quadro che emerge è caratterizzato da disorganicità e mancanza di attenzione nel raccordare le norme pertinenti; tuttavia, un argomento contrario all'abrogazione potrebbe rinvenirsi nel più ristretto ambito di applicazione del d.lgs. n. 333/2003, il cui art. 9 prevede un sistema di soglie e di limitazioni che ne riduce di fatto il perimetro applicativo<sup>35</sup>. Invece, tanto la legge Antitrust che il T.U.S.P.P. non sembrano prevedere alcun tipo di soglia in tal senso. La modifica introdotta dall'art. 6, quindi, potrebbe servire ad ampliare il privilegio organizzativo<sup>36</sup> del regime di separazione contabile anche a tutte quelle imprese soggette a controllo pubblico sinora escluse dal decreto legislativo del 2003.

### 2.2.2. La trasposizione delle regole sulla trasparenza delle assegnazioni di risorse pubbliche

Ancora più complesso e stratificato si presenta il tessuto normativo nazionale volto a garantire la trasparenza delle assegnazioni di risorse pubbliche dai poteri pubblici alle imprese pubbliche. E, più in generale, di risorse pubbliche ad altri soggetti, pubblici o privati, esercenti attività economica.

Per il vero, il legislatore nazionale, nel disciplinare questi obblighi, non sembra aver operato una distinzione netta a seconda che il beneficiario sia un soggetto privato, ovvero un soggetto pubblico.

Mentre infatti la *ratio* della direttiva europea sulla trasparenza è quella, più specifica, di evitare distorsioni del mercato operate dallo Stato tramite aiuti incompatibili alle 'proprie imprese', le riforme nazionali in materia di trasparenza hanno disciplinato la trasparenza societaria delle società pubbliche all'interno del più ampio ed ambizioso progetto di permettere un controllo più generalizzato della collettività sull'operato dell'Amministrazione e sull'utilizzo delle risorse pubbliche<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> L'art. 9, comma 2, stabilisce infatti che sono escluse dagli obblighi di contabilità separata, conservazione dati e relativa messa a disposizione... «a) le imprese la cui prestazione di servizi non è atta ad incidere sensibilmente sugli scambi tra gli Stati membri; b) le imprese il cui fatturato netto totale annuo è stato inferiore a 40 milioni di euro negli ultimi due esercizi finanziari precedenti l'esercizio in cui fruiscono di un diritto speciale o esclusivo riconosciuto ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 1, del trattato CE, o in cui sono incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE. Per gli enti creditizi pubblici questa soglia corrisponde ad un bilancio totale di 800 milioni di euro; c) le imprese che sono state incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE se gli aiuti di Stato che ricevono in qualsivoglia forma, sia contributi, sia sussidi, sia indennizzi, sono stati fissati per un periodo appropriato con una procedura pubblica, trasparente e non discriminatoria».

<sup>36</sup> F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 220.

<sup>37</sup> Sull'evoluzione della trasparenza amministrativa e le riforme che l'anno interessata la dottrina è ampia e variegata; senza pretesa di esaustività si vedano A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa*, cit.; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.* 2017, p. 65 ss.; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017; D.U. GALETTA, *La trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, p. 1019 ss.; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 121 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. di dir. amm.*, 2013, p. 795 ss.; M. OCCHIENA, *Il principio di trasparenza*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012; A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni*.

Peraltro, tale regolamentazione unitaria è coerente con l'ottica funzionale propria della normativa sugli aiuti di Stato, che fonda il limite della applicabilità non in base alla natura del soggetto, bensì in base al tipo di attività (economica o non) svolta dal soggetto<sup>38</sup>.

Ai fini del presente contributo, ci si soffermerà sui vigenti obblighi informativi, sia relativamente alle erogazioni pubbliche, comunque intese, sia sulle specifiche regole previste per gli aiuti di Stato<sup>39</sup>.

Preliminarmente, non si può non richiamare il citato d. lgs. 11 novembre 2003, n. 333 che ha operato una trasposizione integrale del testo della precedente direttiva europea sulla trasparenza e, pertanto, ha altresì introdotto il generale obbligo di trasparenza delle assegnazioni pubbliche in favore di imprese pubbliche<sup>40</sup>. Al riguardo, tuttavia, si ribadisce quanto precedentemente evidenziato, sia con riferimento ai limiti del perimetro di applicazione di tale normativa, sia con riferimento alla possibile abrogazione implicita operata dalla riforma del 2016.

In secondo luogo, si deve far riferimento all'art. 26 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33<sup>41</sup>, relativo agli *Obblighi di pubblicazione degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati*, così come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, dalla successiva legge 4 agosto 2017, n. 124 ed infine dal recentissimo art. 35 del d.lgs. 30 aprile 2019, n. 34.

La norma in questione prevede l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di pubblicare: (1) gli atti con i quali sono determinati i criteri e le modalità cui le stesse amministrazioni devono attenersi per la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati<sup>42</sup>; (2) gli atti di

---

*Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Bari, 2012.

<sup>38</sup> Sull'approccio funzionale in materia di aiuti di stato e diritto della concorrenza si rinvia al citato contributo di V. HATZOPOULOS, *The concept of 'economic activity' in the EU Treaty*.

<sup>39</sup> Occorre sottolineare come le nozioni di sovvenzione e aiuto non siano perfettamente sovrapponibili: da un lato il concetto di aiuto è più comprensivo di quello di sovvenzione, «dato che esso vale a designare non soltanto delle prestazioni positive del genere delle sovvenzioni stesse, ma anche degli interventi i quali, in varie forme alleviano, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che, di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti». (Caso *Banco Exterior de España*, C-387-92, sent. 15 marzo 1994, Racc. p. I-877, punto 13; id. *Italia c Commissione*, C-66/02, sent. 15 dicembre 2005, Racc. pp. I-10901, punto 77); dall'altro, non tutte le sovvenzioni costituiscono un aiuto di Stato, posto che non basta il requisito dell'utilizzo della risorsa pubblica, ma è altresì necessaria la presenza degli altri requisiti previsti dall'art. 107 TFUE. Per un inquadramento generale si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 812 ss.

<sup>40</sup> L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 333/2003 così recita: «Il presente decreto assicura la trasparenza delle relazioni finanziarie tra i poteri pubblici e le imprese pubbliche mediante la documentazione: a) delle assegnazioni di risorse pubbliche operate dai poteri pubblici direttamente alle imprese pubbliche interessate; b) delle assegnazioni di risorse pubbliche effettuate da parte dei poteri pubblici tramite imprese pubbliche od enti finanziari; c) della utilizzazione effettiva di tali risorse pubbliche».

<sup>41</sup> Sul Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Per un'analisi sulla norma in oggetto e sulla legge in generale si vedano in particolare i contributi di A. BONOMO e F. MORANDO in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs 14 marzo 2013*, n. 33, Maggioli, Ravenna, 2013, pp. 207 ss. e 239 ss.; sull'evoluzione di tale normativa si rinvia altresì ai contributi evidenziati in nota 36.

<sup>42</sup> È importante sottolineare che tali obblighi pubblicazione (così come le modalità di predeterminazione delle assegnazioni) erano precedentemente previsti dall'art. 12 della legge n. 241/1990, norma che per prima aveva disciplinato in linea generale le regole relative alle sovvenzioni pubbliche.

concessione delle sovvenzioni, sussidi etc. di importo superiore a mille euro<sup>43</sup>.

Ai sensi dell'art. 26, la pubblicazione costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongono concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore a mille euro e la mancata, incompleta o ritardata pubblicazione può esser rilevata sia d'ufficio dagli organi di controllo, sia dal destinatario della prevista concessione o attribuzione e da chiunque altro abbia interesse, anche ai fini del risarcimento del danno da ritardo da parte dell'amministrazione (su questo aspetto si veda *infra* par. 2.3.).

Su questo dato normativo sono intervenuti sia la legge n. 124/2017 sia il recentissimo d.lgs. n. 34/2019, i quali hanno, da un lato, ampliato la platea di soggetti tenuti a pubblicare sui propri *siti internet* le informazioni relative a concessioni e sovvenzioni e, dall'altro, hanno introdotto un obbligo per tutti i *soggetti che esercitano le attività di cui al l'articolo 2195 c.c.*, i.e. gli imprenditori soggetti all'obbligo di registrazione nel registro delle imprese, di pubblicare nelle proprie *note integrative del bilancio di esercizio*, tutte le informazioni relative alla concessioni e sovvenzioni ricevute. Non solo, è stato stabilito che, a partire dal 2020, l'inosservanza di tali obblighi da parte delle imprese comporterà dapprima una sanzione pari all'1% dell'erogazione ricevuta e, in caso del perdurare dell'inadempimento oltre 90 giorni, l'obbligo alla restituzione integrale delle somme percepite.

Tuttavia, l'art. 35 del d.lgs. n. 34/2019 ha previsto una disciplina derogatoria con specifico riferimento alle sovvenzioni, concessioni etc. etc. che costituiscono aiuti di Stato soggetti all'obbligo di registrazione nel neonato registro nazionale degli aiuti di Stato. Diversamente dal regime generale di pubblicità previsto per le sovvenzioni *tout court*<sup>44</sup>, i soggetti che concedono o gestiscono aiuti di Stato, compresi aiuti *de minimis* hanno l'obbligo speciale di indicarli all'interno del registro nazionale degli aiuti di Stato; le imprese beneficiarie, a loro volta, saranno comunque tenute a dichiarare nelle note integrative del bilancio l'esistenza di aiuti oggetto di obbligo di pubblicazione nell'ambito del registro nazionale<sup>45</sup>.

Le caratteristiche ed il funzionamento del registro nazionale degli aiuti di Stato saranno esaminati nel prossimo paragrafo; tuttavia, giova qui anticipare come il meccanismo sia tutt'altro che lineare e che sarà necessario un

---

L'art. 26 è intervenuto a modificare l'art. 12, abrogando il riferimento in tale sede agli obblighi di pubblicità; obbligo che, peraltro, è stato sostanzialmente trasfuso nello stesso art. 26. L'art. 12 continua a disciplinare in linea generale le modalità relative alla predeterminazione delle attribuzioni, stabilendo che: «La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi» (comma così modificato dallo stesso art. 42, comma 2, d.lgs. n. 33/2013). Per un'analisi generale sugli obblighi imposti dall'art. 12 (e sulla relativa evoluzione normativa) si veda S. LARICCIA, *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi dei vantaggi economici*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, vol. III, p. 2133 ss.; F. GIGLIONI, *L'obbligo di predeterminazione dei criteri per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 669 ss.

<sup>43</sup> A partire dal 2017, la norma precisa altresì che laddove i soggetti beneficiari siano controllati di diritto o di fatto dalla stessa persona fisica o giuridica ovvero dagli stessi gruppi di persone fisiche o giuridiche, vengono altresì pubblicati i dati consolidati di gruppo.

<sup>44</sup> Art. 35 del d.lgs. n. 34/2019, che modifica gli artt. 125-129 della legge n. 124/2017.

<sup>45</sup> Così stabilisce l'attuale art. 125-*quinquies* della legge n. 124/2017, come modificata dall'art. 35 del d.lgs. n. 34/2019. La norma prevede altresì che le imprese, ove non tenute alla redazione della nota integrativa del bilancio, sono tenute all'indicazione degli aiuti registrati sul proprio sito internet o, in mancanza, sul portale digitale delle associazioni di categoria di appartenenza.

importante lavoro di coordinamento e monitoraggio per rendere l'assetto effettivamente trasparente ed altresì conforme con la normativa in materia di aiuti di Stato.

Due sono le criticità che, in particolare, si intravedono all'orizzonte. Da un lato, la circostanza per cui l'esatto adempimento degli obblighi di trasparenza dipenda, in ultima analisi, dalla qualifica di una determinata misura come aiuto di Stato o aiuto *de minimis* soggetto alla registrazione nel registro nazionale; qualificazione spesso tutt'altro che agevole e oggetto di continua elaborazione e chiarimenti da parte delle stesse Corti nazionali<sup>46</sup> e della Corte europea. Dall'altro, non si può non rilevare, con una punta di apprensione in termini di tenuta costituzionale del sistema, come l'identificazione – e la successiva pubblicazione – siano rimesse ai soggetti che gestiscono le erogazioni, mentre l'errore in termini di qualificazione, e le conseguenti sanzioni, vengano a gravare essenzialmente sul soggetto beneficiario.

### 2.3. Il registro nazionale degli aiuti di Stato

Nel quadro sin qui delineato, si inserisce il neonato Registro Nazionale degli Aiuti di Stato (RNA), concepito come uno «*strumento funzionale all'assolvimento dei vigenti obblighi di trasparenza, al fine di supportare le amministrazioni nella corretta attuazione del diritto dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato*»<sup>47</sup>.

Il registro è stato previsto dall'art. 52 della legge 24 dicembre 2012, n. 234<sup>48</sup>, così come in seguito modificato dall'art. 14 della legge 29 luglio 2015, n. 115<sup>49</sup>, e successivamente disciplinato, sulla base di quanto disposto dallo stesso art. 52, dal regolamento del 31 maggio 2017, n. 115 del MISE<sup>50</sup>.

Occorre preliminarmente sottolineare la differenza 'funzionale' di questo strumento rispetto alla disciplina della separazione contabile e societaria. L'obiettivo di fondo è sempre quello di assicurare una maggior trasparenza ai fini della normativa degli aiuti di Stato, e quindi un migliore *enforcement* della stessa. Tuttavia, gli obblighi di separazione contabile e di corretta allocazione di costi e risorse mirano soprattutto ad evitare usi 'incrociati' ed impropri delle risorse pubbliche, da parte di imprese che svolgono attività miste, l'obiettivo

<sup>46</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (2009/C 85/01); per un'analisi si vedano i contributi di L. DANIELE-A. ADINOLFI in C. SCHEPISI (a cura di), *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato, il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Giappichelli, Torino, 2011; S. DONZELLI, *The cooperation between the Commission and national courts in applying State aid rules*, in *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4, n. 3, Settembre 2018.

<sup>47</sup> Parere reso dal Consiglio di Stato in sede Consultiva sullo schema di regolamento del MISE del 2 dicembre 2016, n. 2527.

<sup>48</sup> *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione ed all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*. Per un'analisi generale si veda E. BERTAZZO, *Art. 52, modalità di trasmissione delle informazioni relative agli aiuti pubblici concessi alle imprese*, in L. COSTATO-L.S. ROSSI-P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla Legge 24.12.2012 n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione ed all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 472 ss.

<sup>49</sup> *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Legge europea 2014*.

<sup>50</sup> *regolamento recante la disciplina per il funzionamento del Registro Nazionale degli Aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 52, comma 6, della legge 24 dicembre 20123, n. 234 e successive modifiche e integrazioni*.



perseguito dal RNA è invece quello di registrare, in modo pienamente accessibile e trasparente, tanto alle Amministrazioni, quanto alle imprese ed ai cittadini, quali aiuti di Stato vengano concessi a quali imprese e per quali finalità.

Si tratta quindi di un meccanismo volto ad assicurare la piena trasparenza e pubblicità di misure qualificate come aiuti<sup>51</sup>, rispetto a tutti quei soggetti pubblici o privati che possano avere interesse a tali informazioni. Da un lato, infatti, il Consiglio di Stato ha ribadito la circostanza che «*il regolamento ha quali destinatari l'intera platea delle amministrazioni, ma anche delle imprese o semplicemente dei cittadini*»<sup>52</sup>, dall'altro, il regolamento, in attuazione di quanto disposto dall'art. 52 della legge n. 234/2012, ha previsto che l'accesso alle informazioni contenute nel registro nazionale è assicurato «*senza restrizioni e senza necessità di identificazione e autenticazione, fatte salve le esigenze di tutela del segreto industriale*»<sup>53</sup>. La specifica previsione del limite del segreto industriale è molto significativa e, come meglio si vedrà, costituisce nella pratica uno dei punti più problematici nel delicato equilibrio tra trasparenza e concorrenza (vedi *infra*, para 4)<sup>54</sup>.

Peraltro, è bene sottolineare che la trasparenza non è l'unica finalità perseguita dal registro, posto che esso ha anche il compito di assicurare il rispetto di obblighi specifici 'sostanziali' della normativa degli aiuti di Stato, quali il divieto del cumulo degli aiuti di Stato *de minimis*, così come il rispetto della c.d. clausola di impegno *Deggendorf*<sup>55</sup>, relativamente agli aiuti di Stato illegittimi non ancora

<sup>51</sup> L'art. 3, comma 1, del regolamento stabilisce che: «*Il Registro nazionale aiuti contiene le informazioni [...] relative alle seguenti tipologie di aiuti: a) gli aiuti di Stato notificati alla Commissione europea a norma dell'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE, ad esclusione di quelli nel settore agricolo e forestale e nel settore della pesca e dell'acquacoltura; b) gli aiuti di Stato esentati dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE ai sensi dei regolamenti della Commissione adottati per le esenzioni per categoria sulla base dell'articolo 1 del regolamento (UE) n. 2015/1588 del Consiglio del 13 luglio 2015 e successive modificazioni, ad esclusione di quelli nel settore agricolo e forestale e nel settore della pesca e dell'acquacoltura; c) gli aiuti de minimis di cui al regolamento (CE) n. 1998/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006 e al regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013, nonché quelli previsti dalle disposizioni dell'Unione europea che saranno successivamente adottate nella medesima materia; d) gli aiuti de minimis SIEG; e) gli aiuti SIEG*».

<sup>52</sup> Parere del Consiglio di Stato sullo schema del regolamento, cit., par. 19.

<sup>53</sup> Art. 4, regolamento n. 115/2017.

<sup>54</sup> La necessità dell'espresso riferimento al segreto industriale, peraltro contenuto nello stesso art. 52 della legge n. 234/2012, così come da ultimo modificato, era stata esplicitamente ribadita anche dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di regolamento (cfr. par. 25), nel quale si faceva altresì espresso rinvio al disposto dell'art. 98 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 *Codice della proprietà industriale*, ai sensi del quale: «*1. Costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete. 2. Costituiscono altresì oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche*». Per un'analisi critica sul delicato equilibrio tra trasparenza e tutela del segreto commerciale si veda A. SANCHEZ-GRAELLS, *Transparency and competition in public procurement: a comparative view on their difficult balance*, in K.M. HALONEN-R. CARANTA-A. SANCHEZ-GRAELLS (a cura di), *Transparency in EU Procurements, disclosure within public procurement and during contract execution*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 33 ss.

<sup>55</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado, del 13 settembre 1995 in *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH*, cause riunite T-244/93 e T-486/93 del 13 settembre 1995, Racc. p. II-02265, ora peraltro riprodotta nell'art. 46, comma 1, legge n. 234/2012, ai sensi del quale «*Nessuno può beneficiare di aiuti di Stato se rientra tra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non*



recuperati<sup>56</sup>.

Inoltre, il rispetto degli obblighi di registrazione e di verifica degli aiuti concessi costituisce, per espressa previsione legislativa e regolamentare, «*condizione legale di efficacia dei provvedimenti di concessione ed erogazione degli aiuti individuali*»<sup>57</sup>. In altre parole, l'inadempimento di tali obblighi, apparentemente formali ed ulteriori, determina l'illegittimità sostanziale dell'aiuto stesso.

Quest'ultimo profilo<sup>58</sup> ha indubbiamente un impatto pratico e sistematico di notevolissima rilevanza, alla luce anche della espressa previsione di responsabilità patrimoniale del responsabile della concessione o dell'erogazione degli aiuti a fronte dell'inadempimento dei suddetti obblighi; inadempimento che può essere rilevato dalla stessa impresa beneficiaria ai fini del risarcimento del danno<sup>59</sup>. Peraltro, come visto, la stessa 'conseguenza per l'inadempimento' era già stata prevista, in generale, dall'art. 26 del d.lgs. n. 33/2013 in caso di mancata pubblicazione dei provvedimenti che dispongono concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore a mille euro (vedi *infra* par. 2.2.3.).

L'analisi delle implicazioni pratiche, così come delle possibili criticità sistematiche, di tale impostazione esula dall'oggetto specifico del presente contributo; qui giova solamente sottolineare l'assoluta centralità e rilevanza che l'ordinamento nazionale, in ossequio ai principi euro-unitari, riconosce ormai al rispetto di norme sulla trasparenza anche in materia di aiuti di Stato.

Invero, non sono mancate critiche rispetto al meccanismo previsto dal RNA, giudicato in qualche modo troppo trasparente e foriero di effetti paradossali, se non addirittura di veri e propri svantaggi concorrenziali per gli operatori economici italiani, rispetto ai concorrenti di altri Stati membri. Il Consiglio di Stato<sup>60</sup> ha ritenuto che la piena accessibilità delle informazioni contenute nel registro delle imprese (articolo 4 del regolamento) «*potrebbe difatti costituire, in astratto e per un non infrequente fenomeno di eterogenesi dei fini della regolazione, uno svantaggio concorrenziale per le imprese del tessuto produttivo nazionale, qualora non fossero analogamente conoscibili i dati relativi agli aiuti ricevuti delle altre imprese unionali. Con ciò non si intende, ovviamente, affermare che la Repubblica Italiana non debba osservare scrupolosamente tutti gli obblighi*

---

*rimborso o depositato in un conto bloccato gli aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999».*

<sup>56</sup> Cfr. art. 2 del regolamento n. 115/2017, rubricato sinteticamente come 'finalità ed ambito di applicazione'.

<sup>57</sup> Così è stabilito tanto dall'art. 52 della legge n. 234/2012, quanto dall'art. 17 del relativo regolamento di attuazione n. 115/2017.

<sup>58</sup> Questo aspetto rappresenta, invero la principale novità rispetto al precedente regime previsto dalla Banca Dati Anagrafica, che non prevedeva una simile conseguenza sostanziale rispetto alla mancata registrazione delle misure. Per una ricostruzione del regime previgente si veda il parere del Consiglio di Stato sullo schema, n. 2527/2016, cit.

<sup>59</sup> Si veda sempre l'art. 52, comma 7 e l'art. 17 del regolamento. Nella stessa ottica, il regolamento ha altresì previsto all'art. 13, comma 6 che: «*La responsabilità in merito alla veridicità e alla completezza delle informazioni rilasciate dal Registro nazionale aiuti ai sensi del presente articolo rimane in capo all'Autorità responsabile o al Soggetto concedente che hanno provveduto ad inserire le informazioni nel registro stesso, ferme restando la responsabilità del soggetto beneficiario per le informazioni oggetto di inserimento fornite all'Autorità responsabile o al Soggetto concedente con dichiarazione resa ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni*». Il tema è ancora relativamente inesplorato; per un'interessante analisi critica sul punto si veda C.E. BALDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, Maggioli Editore, Ravenna, 2017, p. 98 ss.

<sup>60</sup> Parere, cit.

*assunti in via negoziale e comunque derivanti dalla partecipazione del Paese all'Unione europea, ma si vuole unicamente significare che soluzioni organizzative superconformi, ossia non strettamente imposte dall'ordinamento sovranazionale, potrebbero causare un pregiudizio, non necessario per il puntuale rispetto della legalità eurounitaria dell'attività normativa e amministrativa, al mondo imprenditoriale italiano, così vulnerando altri valori di rilevanza costituzionale».*

E tale impostazione, come si vedrà, si ritrova tendenzialmente anche nei giudizi relativi all'accesso delle informazioni degli operatori economici, testimoniando la profonda delicatezza e controversia del tema e degli interessi in gioco.

In ogni caso, non si comprende del tutto la ragione per cui il sapere che un certo operatore beneficia di un determinato aiuto, per determinati fini, dallo Stato o altro concedente pubblico dovrebbe svantaggiarlo rispetto alla platea dei concorrenti, né quali vantaggi concorrenziali possano trarne gli altri operatori stranieri. Una simile preoccupazione risulta ancora più sorprendente a fronte del completo *placet* sugli effetti derivanti dal mancato adempimento da parte delle amministrazioni di tali obblighi di trasparenza (vedi *supra*); effetti, questi sì, indubbiamente pregiudizievoli per le imprese beneficiarie e forse non del tutto proporzionati, né coerenti sul piano sistematico.

## **2. Trasparenza ed apertura dei mercati: il caso emblematico del settore del trasporto ferroviario**

La trasparenza assume rilievo centrale anche rispetto alle possibilità di apertura al mercato a nuovi operatori economici, sul presupposto che, spesso, per migliorare la qualità del servizio e ridurre i costi, non sia sufficiente privatizzare, ma sia necessario procedere ad una vera e propria liberalizzazione del mercato, favorendo il confronto competitivo tra diversi operatori economici <sup>61</sup>.

La seconda accezione di trasparenza qui proposta fa quindi riferimento alle regole volte a favorire l'apertura alla concorrenza di un determinato settore – in questo caso l'analisi si concentrerà su quello dei trasporti ferroviari – permettendo agli operatori economici di conoscere le modalità con cui l'autorità pubblica intende svolgere un confronto competitivo e, parallelamente, di conoscere le condizioni, economiche ed organizzative, garantite sino a quel momento al monopolista di settore <sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Con specifico riferimento al settore dei trasporti, qui oggetto di analisi, il regolamento n. 1370/2007 ha infatti chiarito, nel considerando § 7, che: «con le adeguate garanzie, l'introduzione di una concorrenza regolamentata tra gli operatori in questo settore consente di rendere più appetibili, più innovativi e meno onerosi i servizi forniti, senza per questo ostacolare l'adempimento dei compiti specifici assegnati agli operatori di servizio pubblico». Per un'analisi generale C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Giappichelli, Torino, 2009; E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit.

<sup>62</sup> L'analisi generale del sistema di regolazione del settore dei trasporti e di tutti i meccanismi per favorire un confronto concorrenziale esula la portata del presente contributo; tuttavia per un'interessante critica generale si vedano: M. DEL SIGNORE, *The Fourth Railway Package: the Governance Structure and the Unsolved Problem of Vertical Integration*, in *Riv. regol. mercati*, 2018; Id. *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, p. 449 ss.; M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, p. 183 ss.; M. MARESCA, *Diritto dell'Unione*

Questi meccanismi di regolazione ed apertura alla concorrenza si rivelano cruciali anche sotto il profilo del controllo degli aiuti di Stato, soprattutto in quei settori, quali quello dei trasporti pubblici, in cui vi è la necessità di (i.) gestire e regolare un unico sistema di infrastrutture e di (ii) garantire un servizio continuo ed adeguato a tutti gli utenti e, quindi, caratterizzati da un forte intervento pubblico, sia sotto il piano della regolazione, che del finanziamento del servizio<sup>63</sup>. E questo in quanto tali meccanismi favoriscono la riduzione di monopoli e di affidamenti diretti, che si prestano più facilmente a fenomeni di sovra-compensazione del servizio e, quindi, di potenziali aiuti illegali<sup>64</sup>. In altre parole, l'apertura alla concorrenza consente di verificare se vi siano altri operatori sul mercato disposti a svolgere lo stesso servizio di interesse generale e, soprattutto, se tali operatori siano in grado di svolgere il servizio a costi inferiori; conseguentemente, consente di valutare, in maniera più evidente, se le compensazioni riconosciute al monopolista siano congrue o se, invece, costituiscano forme di finanziamento indiretto contrarie alla normativa in materia di aiuti di Stato<sup>65</sup>.

La normativa europea vigente per il settore del trasporto pubblico ferroviario, pur favorendo l'apertura del mercato, non impone necessariamente l'affidamento dei servizi attraverso procedure di gara aperte e competitive: l'art. 5(6) del regolamento europeo n. 1370/2007 prevede infatti la possibilità per le autorità locali – a meno che ciò non sia vietato dalla normativa nazionale – di procedere ad un affidamento diretto del servizio di pubblico trasporto ferroviario. Non solo il legislatore nazionale non ha vietato tale ipotesi<sup>66</sup>, ma quest'ultima è

---

*Europea, attualità e falsi miti della regolazione dei trasporti (alcune proposte concrete per cambiare l'organizzazione delle infrastrutture e dei trasporti)*, in *Dir. comm. int.*, 2015, p. 657 ss. Per una panoramica sul ruolo della neonata Autorità di regolazione dei trasporti si veda G. VELTRI, *La natura giuridica dell'Autorità dei trasporti e il suo ruolo nella regolazione di un mercato in via di trasformazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>63</sup> La complessa regolamentazione dei servizi di interesse economico generale esula dall'oggetto del presente contributo; per una panoramica generale si vedano i contributi di F. DONATI ed E. BRUTI LIBERATI, citati nella precedente nota (13); G.S. ØLYKKE-P. MOLLGAARD, *What is a Service of General Economic Interest?*, in *European Journal of Law and Economics* 1/2016.

<sup>64</sup> Non a caso, il regolamento n. 1370/2007 fa espresso richiamo alla normativa in materia di aiuti di Stato ed al *leading case Altmark* in materia di compensazioni per lo svolgimento di servizi di interesse economico generale; si vedano in particolare i considerando § 5, 33-36 del regolamento.

<sup>65</sup> Significativamente, il considerando § 27 del regolamento prevede che: «Le compensazioni concesse dalle autorità competenti per coprire le spese sostenute per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico dovrebbero essere calcolate in modo da evitare compensazioni eccessive. Qualora preveda di aggiudicare un contratto di servizio pubblico senza ricorrere a procedura di gara, l'autorità competente dovrebbe altresì osservare modalità di applicazione dettagliate idonee a garantire che l'importo delle compensazioni risulti adeguato e miri a conseguire un servizio efficiente e di qualità». Sul sistema delle compensazioni e sul concetto di sovra-compensazione si veda K. BACON, *op. cit.*, parr. 3.62 ss; A. SANCHEZ-GRAELLS, *Enforcement of State Aid Rules for Services of General Economic Interest before Public Procurement Review Bodies and Courts*, in *C. L. Rev.*, 2014, 10; G.S. ØLYKKE, *Exclusive Rights and State Aid*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 2017, 2, p. 164 ss. Sulle modalità in cui il sistema di compensazioni possa costituire un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107(1) TFUE si veda inoltre G. CARULLO, *op. cit.*

<sup>66</sup> L'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 ha infatti previsto che «al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie ... le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6 e all'articolo 8, paragrafo 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007». Successivamente è altresì intervenuto l'art. 34(13) del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 che detta regole specifiche in materia di affidamento dei servizi pubblici locali, prevedendo in particolare che: «Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità

stata sinora largamente utilizzata dalle autorità locali italiane<sup>67</sup>.

Tuttavia, laddove l'autorità pubblica locale ritenga di affidare direttamente il servizio – essenzialmente riconfermando l'incarico al monopolista di settore – il regolamento europeo prescrive specifici e stringenti obblighi di trasparenza e pubblicità. La *ratio* di tali adempimenti è proprio quella di consentire ad eventuali operatori 'esterni' di manifestare il proprio interesse a svolgere il servizio e di presentare un'offerta<sup>68</sup> adeguata e completa, così da permettere alle autorità locali di (ri)valutare l'opportunità di indire una procedura di gara aperta.

Gli obblighi di trasparenza e pubblicità sono disciplinati dall'art. 7 del regolamento, il quale prevede sia degli obblighi di pre-informazione sulla modalità di svolgimento del servizio e sul tipo affidamento previsto<sup>69</sup>, sia degli obblighi di informazione successivi, relativi alle condizioni di affidamento prescelte<sup>70</sup>. La norma stabilisce altresì che, su richiesta di una parte interessata, l'autorità competente è tenuta a trasmettere la motivazione relativa alla scelta di aggiudicazione diretta del contratto di servizio pubblico. Inoltre, a conferma dell'importanza della trasparenza in questo frangente, il considerando § 30 del regolamento stabilisce che «*i contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza*»<sup>71</sup>.

### 3.1. L'impatto degli obblighi di pubblicità e trasparenza nel caso *Arriva Italia Sardegna*

---

della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

<sup>67</sup> In senso critico si veda l'analisi dell'Antitrust secondo cui: «la scarsa propensione delle amministrazioni regionali allo svolgimento di gare per l'affidamento del servizio costituisce uno dei principali motivi del deficit di efficienza e qualità dei servizi ferroviari regionali. L'assenza di gara è stata considerata anche come uno dei principali ostacoli alla minimizzazione dei sussidi regionali riconosciuti al gestore del servizio». (Bollettino del 14 novembre 2016, n. 40, AS 1309). M. NUNZIATA, *op. cit.* Per un'analisi sul ruolo delle segnalazioni dell'Antitrust, Art e Anac in materia di affidamenti di servizi di trasporto regionale si veda L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione normativa, il commento*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2018, p. 256 ss.

<sup>68</sup> Il termine offerta deve qui essere inteso in senso più ampio e 'atecnico', posto che non si è (ancora), formalmente, all'interno di una procedura di selezione competitiva; aspetto rilevante ai fini della disciplina applicabile in materia di accesso (vedi *infra*).

<sup>69</sup> L'art. 7(2) prescrive che: «Ciascuna autorità competente prende i provvedimenti necessari affinché, almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, siano pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, le seguenti informazioni: a) nome e indirizzo dell'autorità competente; b) tipo di aggiudicazione previsto; c) servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione. Le autorità competenti possono decidere di non pubblicare queste informazioni qualora un contratto di servizio pubblico riguardi una fornitura annuale di meno di 50 000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri».

<sup>70</sup> L'art. 7(3) prevede che: «In caso di un'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia di cui all'articolo 5, paragrafo 6, l'autorità competente rende pubbliche le seguenti informazioni entro un anno dalla concessione dell'aggiudicazione: a) nome dell'ente aggiudicatore, suo assetto proprietario e, ove opportuno, nome della parte o delle parti che esercitano il controllo legale; b) durata del contratto di servizio pubblico; c) descrizione dei servizi di trasporto di passeggeri da effettuare; d) descrizione dei parametri per la compensazione finanziaria; e) obiettivi di qualità, come puntualità e affidabilità, e premi e penalità applicabili; f) condizioni relative a beni essenziali».

<sup>71</sup> Considerando § 30 del regolamento.

L'interpretazione del regolamento n. 1370/2007 e della portata dei summenzionati obblighi di trasparenza e pubblicità è al centro di una delle recenti controversie, che vede coinvolte Arriva Italia s.r.l. e l'Antitrust, contro Trenitalia s.p.a. e la Regione Sardegna. Nei fatti, la Regione Sardegna, dopo aver pubblicato l'avviso di pre-informazione previsto dall'art. 7 del regolamento, pur avendo ricevuto manifestazioni di interesse da parte di due diversi operatori economici esterni, tra cui Arriva Italia, ha preferito procedere all'aggiudicazione diretta al servizio al vecchio gestore Trenitalia.

La controversia si snoda in due distinti filoni processuali: uno – che sarà analizzato nel paragrafo successivo – avente ad oggetto la richiesta di accesso avanzata da Arriva Italia, nei confronti della Regione Sardegna, relativamente ad una serie di documenti collegati all'offerta di Trenitalia ed all'affidamento del servizio. L'altro, qui esaminato, che vede il ricorso della Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato<sup>72</sup> contro la Regione Sardegna, per contestare in generale le modalità procedurali di affidamento del servizio e quindi, indirettamente, la scelta di procedere all'affidamento diretto del servizio nei confronti di Trenitalia<sup>73</sup>.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che gli obblighi informativi della Regione Sardegna, ai sensi dell'art. 7(2) del regolamento *«avrebbero dovuto comprendere anche la richiesta al soggetto che da sempre svolge il servizio di trasporto (c.d. incumbent, nel caso: Trenitalia S.p.A.), di tutti quei dati in suo possesso relativi ai livelli di domanda, entità del personale, materiale rotabile e altro, al fine di metterli a disposizione dei soggetti potenziali interessati all'affidamento del servizio in questione»*. Tanto Trenitalia, quanto la Regione Sardegna hanno invece ritenuto che queste ulteriori informazioni, e soprattutto l'ulteriore documentazione richiesta da Arriva Italia, siano rilevanti (e soprattutto richiedibili) nelle sole procedure di gara concorrenziale, ma non negli affidamenti diretti. Così come non sarebbero pretendibili motivazioni rinforzate quanto alla scelta di procedere all'affidamento diretto, posto che questa rappresenta una possibilità espressamente contemplata tanto dal legislatore europeo, quanto da quello nazionale. Il TAR investito ha ritenuto di rimettere la questione relativa all'interpretazione degli obblighi di trasparenza, pubblicità e motivazione alla Corte di Giustizia europea, dove il caso è attualmente pendente<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> La possibilità per l'Autorità Antitrust di proporre ricorsi giurisdizionali è espressamente prevista dall'art. 21-bis della Legge Antitrust del 10 ottobre 1990, n. 287. In dottrina: R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, Relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2012.

<sup>73</sup> Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sez. I, 25 luglio 2018, n. 682.

<sup>74</sup> Con la citata ordinanza n. 682 del 25 luglio 2018 il TAR Sardegna ha formulato le seguenti questioni pregiudiziali: (1) *Se l'art. 7, paragrafo 2, del regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, «deve essere interpretato nel senso che impone, all'autorità competente che intende procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, di prendere i provvedimenti necessari per pubblicare o comunicare le informazioni necessarie a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio per predisporre un'offerta seria e ragionevole.* (2) *Se l'art. 7, paragrafo 4, del regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che l'autorità competente, prima di procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, deve valutare comparativamente tutte le offerte di gestione del servizio eventualmente ricevute dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui al medesimo art. 7, paragrafo 4»*. Per un'interessante ricognizione sugli ulteriori recenti interventi del giudice amministrativo nazionale al fine di sollecitare una presa di posizione da parte della Corte Europea nella materia degli affidamenti diretti dei servizi di trasporto pubblico locale si veda A. GIUSTI, *Trasporto pubblico locale*,



In sintesi, il problema centrale attiene all'interpretazione del regolamento nel suo complesso, e soprattutto nei suoi obiettivi, alla luce della sua applicazione a livello nazionale e delle partiche invalse a livello locale.

Se, infatti, la possibilità di procedere con affidamento diretto, ai sensi dell'art. 5(6) del regolamento, si pone come alternativa pienamente valida alla possibilità di aprirsi al mercato, allora sembra difficile sostenere che le autorità siano tenute di fatto a fare comunque una sorta di confronto competitivo informale tra gli operatori che manifestino interesse e a fornire una motivazione rinforzata in caso di scelta del sistema di affidamento diretto. Viceversa, laddove si ritenga che l'affidamento diretto, e con esso la mancata apertura del mercato, costituiscano uno svantaggio per la qualità del servizio ed un rischio per le norme sulla concorrenza<sup>75</sup>, allora diviene necessario chiarire quanto l'amministrazione coinvolta si debba prodigare per permettere ai potenziali interessati di presentare un'offerta alternativa, e quanto poi la stessa autorità sia tenuta a tenere in considerazioni tali offerte informali, specie laddove esse si mostrino, almeno sulla carta, più convenienti rispetto alle condizioni previste con l'affidamento diretto.

Ed ecco dove rientra in gioco la normativa sugli aiuti di Stato. Sebbene nel caso analizzato la questione relativa all'eventuale violazione delle norme sugli aiuti di Stato rimanga eventuale e non sufficientemente valutabile con i dati in possesso (i.e. non siamo in grado di sapere se ad esempio Arriva Italia avrebbe potuto, con le ulteriori informazioni richieste, fornire una proposta più competitiva rispetto all'*incumbent* Trenitalia), la tematica è tuttavia indubbiamente collegata al problema di fondo qui enucleato. Se, infatti, dovesse emergere che altri operatori avevano proposto, seppur informalmente, di gestire quel determinato servizio con le stesse modalità ed a prezzi inferiori rispetto a quelli previsti dal monopolista, allora ecco che la scelta dell'autorità locale di rivolgersi comunque a quest'ultimo e di continuare a corrispondergli compensazioni più elevate, verrebbe a costituire una forma di vantaggio economico non giustificato ed, in ultima analisi, di aiuto incompatibile.

### 3.2. La (mancata) trasparenza nella complessa vicenda Arriva Italia Puglia

La normativa sugli aiuti di Stato costituisce il centro di un'altra recente controversia affrontata dal giudice amministrativo e che ha visto coinvolti, almeno in parte, gli stessi protagonisti del caso sin qui esaminato. Si tratta della controversa vicenda di salvataggio della società, interamente pubblica, Ferrovie del Sud Est (FSE) che si occupava della gestione del servizio di trasporto locale in Puglia.

Nei fatti, lo Stato disponeva il commissariamento di FSE, stabilendo un contestuale finanziamento di 70 milioni di euro in favore della stessa, al fine di garantirne la continuità operativa e, quindi, assicurare il servizio a livello locale. Con successivi decreti, lo Stato disponeva altresì il trasferimento, senza alcun corrispettivo, delle quote di FSE in capo a Ferrovie dello Stato Italiane (FSI). Una successiva nota ministeriale chiariva che la destinazione dei 70 milioni di

---

*L'affidamento diretto del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2018, 11, p. 2465 ss.

<sup>75</sup> Sotto questo profilo si rinvia alle considerazioni espresse dall'AGCM, nel citato bollettino AS 1309, e qui al par. 3.2.

eruo avrebbe dovuto essere usata esclusivamente per coprire le esigenze finanziarie delle infrastrutture ferroviarie coinvolte. Arriva Italia s.r.l. ed altri operatori economici, che avevano precedentemente mostrato interesse ad acquisire FSE, e quindi ad entrare nel settore, impugnavano i decreti ministeriali, lamentando la mancanza di una procedura aperta per la cessione delle quote di FSE e la violazione della normativa in materia di aiuti di Stato. Il TAR respingeva entrambe le censure<sup>76</sup>, ritenendo essenzialmente che l'intera manovra costituisse un mero passaggio interno da una società pubblica ad un'altra e non una privatizzazione; pertanto, eventuali sovvenzioni al gruppo FSI non sarebbero ricadute nell'obbligo di previa notifica previsto dall'art. 108(3) TFUE. Anche il Consiglio di Stato, pur mostrandosi propenso ad escludere che la manovra costituisca un aiuto di Stato, illegale in quanto non notificato, ha infine preferito rimettere l'intera questione alla Corte di Giustizia<sup>77</sup>.

È interessante notare come la complessa vicenda qui schematizzata<sup>78</sup> coinvolga entrambi i profili di trasparenza sinora esaminati.

Infatti, da un lato, Arriva Italia contesta che il finanziamento ottenuto da FSI – che, giova ricordarlo, è capogruppo della *holding* cui appartiene anche la società Trenitalia – non venga utilizzato solo per ripianare lo squilibrio ed assicurare il servizio locale di trasporto, ma sia altresì oggetto di finanziamenti incrociati; in altre parole, Arriva Italia invoca la mancanza di trasparenza rispetto alle relazioni finanziarie della società beneficiaria. E la controinteressata FSI si difende evidenziando di aver adottato proprio quel sistema di contabilità separata analizzato nei paragrafi precedenti<sup>79</sup>.

Dall'altro, viene contestata la mancanza di trasparenza, intesa come mancata apertura al mercato e, quindi, reiterazione di un sistema monopolistico inefficiente e anticompetitivo<sup>80</sup>. A parere di Arriva Italia, lo Stato non avrebbe dovuto procedere al trasferimento – per di più a costo zero – in favore di FSI e quindi indirettamente di Trenitalia, a fronte della manifestazione di interesse ad acquisire la società in crisi ed a subentrare nella gestione del servizio.

L'AGCM ha formulato critiche ed osservazioni sull'intera vicenda, ritenendo che, se è indubbio che l'operazione di trasferimento delle azioni di FSE a FSI miri ad evitare il fallimento di FSE al fine di conseguire obiettivi di breve termine come la continuità del servizio pubblico di trasporto locale, la tutela del ceto creditorio e dei lavoratori dell'impresa, è altresì vero che: *«tale operazione, non sembra garantire il perseguimento di obiettivi di lungo termine come l'efficienza e la qualità del servizio e la minimizzazione dei costi (e dunque dei corrispettivi pagati dagli utenti), presentando profili di criticità con riguardo alla sua compatibilità con la disciplina di concorrenza nazionale e europea»*<sup>81</sup>.

Più in generale – ed a prescindere dalla qualificazione del finanziamento diretto di 70 milioni di euro qui oggetto di specifica contestazione – l'Autorità ha auspicato interventi da parte dello Stato proprio al fine di consentire lo

<sup>76</sup> TAR Lazio, sez. III, n. 6417/2017.

<sup>77</sup> Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2018, n. 3123; la questione avanti alla Corte Europea (n. C-385/18) è tuttora pendente.

<sup>78</sup> Per l'analisi completa si rinvia al contributo di R. CARANTA, citato nella precedente nota (2).

<sup>79</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2018, n. 3, cit., punto IV.

<sup>80</sup> Tuttavia, occorre precisare che il caso qui in esame (i.e. fallimento e trasferimento delle quote ad altro operatore) è indubbiamente particolare e differisce dall'ipotesi ordinaria di (rinnovo del) affidamento diretto del servizio prevista dal regolamento europeo, analizzata nei paragrafi precedenti.

<sup>81</sup> Citato bollettino dell'Antitrust del 14 novembre 2016, n. 40, AS 1309, p. 130.

svolgimento di gare dei servizi ferroviari regionali già a partire dai prossimi anni, impedendo così che il possesso esclusivo del materiale rotabile possa divenire una barriera che avvantaggi Trenitalia rispetto agli altri potenziali partecipanti. Tale auspicio, ha sottolineato l'Autorità, «*si fonda sulla piena convinzione che i vantaggi in termini di efficienza e di riduzione della contribuzione pubblica al servizio acquisibili a seguito di una gara competitiva siano per definizione maggiori di quelli derivanti dall'autonoma iniziativa intrapresa dall'incumbent*»<sup>82</sup>. In altre parole, la contestazione che sembra leggersi tra le righe è che il monopolista di settore continui a ricevere compensazioni troppo alte rispetto al servizio offerto e, soprattutto, rispetto a quanto sarebbero in grado di assicurare altri operatori economici, se solo fosse concesso loro di entrare in quel determinato mercato in modo trasparente e su un piano di parità.

Non resta, per ora, che attendere il responso della Corte di Giustizia europea.

#### 4. Trasparenza come strumento di tutela: il difficile equilibrio in materia di diritto d'accesso

Un terzo profilo di indagine del concetto di trasparenza, emerso nella recente giurisprudenza amministrativa, riguarda la possibilità per i privati di avere accesso a tutte le informazioni potenzialmente necessarie a muovere una contestazione nell'ottica di *private enforcement* delle regole sugli aiuti di Stato<sup>83</sup>.

Nei paragrafi precedenti sono state evidenziate regole di tipo sostanziale volte ad assicurare il rispetto della normativa sugli aiuti di Stato sotto vari profili; tuttavia, in concreto, gli operatori economici privati potranno contestare l'eventuale mancato rispetto di tali regole solo se in possesso di determinate informazioni relative all'impresa beneficiaria, ai sussidi ed alle agevolazioni da questa ricevuta ed, in generale, ai rapporti intrattenuti con le autorità pubbliche. In altre parole, per contestare un eventuale finanziamento incrociato o una compensazione eccessiva è necessario conoscere quanto viene corrisposto all'impresa, per quali fini e come viene effettivamente utilizzato. Indubbiamente, il neoistituito registro nazionale degli aiuti di Stato fornisce una serie di informazioni importanti, ma non ancora esaustive al riguardo, posto che non permette di valutare possibili usi distorti delle sovvenzioni e che non copre le ipotesi di compensazioni per lo svolgimento di servizi di interesse economico generale.

L'interesse degli operatori concorrenti si scontra inevitabilmente con l'esigenza opposta degli operatori controinteressati a non rendere disponibili – specialmente ai propri diretti avversari – informazioni relative alla propria struttura economica, alle proprie strategie d'impresa etc. etc. Invero, i dati necessari per muovere una contestazione sotto il profilo degli aiuti di Stato sono spesso

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Per un'analisi generale sul *private enforcement* in materia di aiuti di Stato a livello nazionale si veda L. SALVI, *Ricorso giurisdizionale per violazione dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in L. COSTATO-L.S. ROSSI-P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla Legge 24.12.2012 n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione ed all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, cit.; C. CELLERINO, *Le azioni nei confronti del beneficiario di aiuti di Stato e i limiti all'effetto diretto orizzontale dell'art. 108.3 TFUE: problemi e spunti dalla recente giurisprudenza italiana*, in *Dir. del comm. int.*, 2015, 4, p. 1124 ss; sia altresì consentito il rinvio a R. CARANTA-B. BIANCARDI, *Private enforcement of EU State aids law*, in corso di pubblicazione.

strettamente legati a segreti commerciali ed industriali delle imprese coinvolte e non è sempre agevole separare i due tipi di informazioni. Si tratta, infatti, di informazioni relative alla struttura organizzativa e finanziaria dell'impresa, alle modalità di ripartizione dei costi e degli utili, nonché di informazioni relative a specifiche offerte economiche o a singoli contratti, etc. etc.

Inoltre, non si può non considerare come, da un lato, l'impresa in possesso dei dati sia inevitabilmente poco invogliata a renderli disponibili e, dall'altro, le imprese richiedenti potrebbero essere tentate di utilizzare lo strumento dell'accesso, non tanto perché ritengano sussistenti degli aiuti illegali, quanto per capire le strategie industriali ed economiche dei propri diretti concorrenti<sup>84</sup>.

#### 4.1. Il quadro normativo generale ...

Il conflitto di interessi qui delineato con riferimento alla specifica materia degli aiuti di Stato si inserisce nel più generale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui limiti al diritto di accesso, volti a tutelare i segreti commerciali e industriali delle imprese che intrattengono rapporti con la pubblica amministrazione, così come disciplinati dall'art. 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241<sup>85</sup>.

Allo stato attuale, l'art. 24(6)(d) sancisce la facoltà per il governo di prevedere ipotesi di esclusione dall'accesso «*quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono*».

Tuttavia, il successivo comma 7 dell'art. 24, precisa che «*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*», ponendo come contro-limite quello della riservatezza solo per interessi sensibili e giudiziari, tra i quali non vi rientrano i segreti di natura commerciale ed industriale<sup>86</sup>. Peraltro, perché trovi applicazione la regola dal comma 7, devono comunque sussistere due condizioni generali: (1) deve trattarsi di difesa giuridica – e quindi non di semplice tutela degli interessi del soggetto richiedente – collegata alla misura/provvedimenti contestati e (2) il richiedente deve avere un interesse concreto ed attuale collegato ai documenti richiesti, in ossequio al principio generale espresso dall'art. 22 della legge n. 241/1990.

Quindi, l'operatore privato interessato a verificare se un proprio concorrente stia beneficiando di una sovra-compensazione, di un finanziamento incrociato etc. etc. non può verosimilmente ottenere l'accesso *tout court* alla struttura economica e commerciale dell'impresa asseritamente beneficiaria, ma deve comunque dimostrare la sussistenza del proprio interesse attuale e concreto e, laddove i documenti incidano su segreti di natura commerciale o industriale, di

---

<sup>84</sup> Al riguardo si rinvia all'analisi critica di A. SANCHEZ-GRAELLS, *Transparency and competition in public procurement: a comparative view on their difficult balance*, cit.

<sup>85</sup> Per una analisi critica si veda G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti di accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il processo*, 2019, p. 71 ss; si rinvia altresì alla dottrina citata relativamente all'evoluzione della regolamentazione in materia di trasparenza citata (nota 36).

<sup>86</sup> Si veda l'analisi al riguardo di F. CARICATO, *La trasparenza per la difesa in giudizio*, in D. MASTRANGELO (a cura di), *La trasparenza amministrativa, aspetti e problemi*, Aracne, Roma, 2019, p. 103 ss.

avervi bisogno a finalità difensive<sup>87</sup>.

In materia appalti, il difficile bilanciamento tra tutela del segreto industriale e accesso è disciplinato in maniera speciale dall'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici)<sup>88</sup>.

L'art. 53, comma 5, lett. a) afferma, in linea generale, che è esclusa ogni forma di divulgazione in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima «*che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*». Il primo presupposto indefettibile – e differente rispetto al regime generale dell'accesso previsto dagli art. 22 ss. della legge n. 241/1990 – è la presenza di una dichiarazione motivata e comprovata dell'operatore economico che indichi quali parti dell'offerta (ed in generale della documentazione presentata) meritino riservatezza e per quali ragioni<sup>89</sup>; altrimenti, vige la regola generale dell'accesso per i concorrenti della gara<sup>90</sup>.

Inoltre, il successivo comma 6 stabilisce che l'accesso a tali informazioni è consentito laddove sia necessario «*ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*»<sup>91</sup>.

In altre parole, il segreto commerciale o industriale non può mai essere opposto laddove il soggetto richieda l'accesso a fini difensivi, per tale dovendosi intendere «*i soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, ai fini di ottenere l'annullamento e, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma*»<sup>92</sup>. Più precisamente, in tal caso opera una sorta di inversione di onere della prova: il concorrente che richiede l'accesso deve limitarsi a dimostrare che i dati richiesti sono necessari per il giudizio che si appresta ad instaurare; viceversa all'operatore che si oppone all'accesso spetterà il duplice onere di dimostrare (a) l'esistenza di un interesse commerciale o tecnico specifico nei documenti richiesti e (b) che tali documenti non siano in concreto necessari a sostenere la contestazione in giudizio. L'amministrazione che riceve la richiesta di accesso detiene lo scomodo ruolo di decidere, almeno in prima battuta, se

<sup>87</sup> Un'indagine a parte meriterebbe la questione se, alla luce del nuovo assetto normativo e giurisprudenziale, il soggetto possa cercare di ottenere tali informazioni ricorrendo all'accesso civico generalizzato. Questo aspetto non verrà direttamente affrontato nel presente contributo, in quanto nei casi qui analizzati (vedi *infra*) le parti si sono viste rigettate l'accesso individuale e si ritiene, in linea generale, che se a un soggetto titolare di una situazione differenziata si nega l'accesso documentale perché questi incorre in uno dei limiti di cui all'art. 24 della legge n. 241/1990, *a fortiori* allo stesso – e a terzi – non si può concedere l'accesso civico generalizzato, posto che i limiti dettati per quest'ultimo dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 appaiono ben più consistenti. Per una critica si veda TROPEA, *op. cit.*

<sup>88</sup> Per una critica generale si vedano: M. E. COMBA, *Disclosure of public procurement documents in Italy: a major effort in the fight against corruption, but still to be completed*, in K.M. HALONEN-R. CARANTA-A. SANCHEZ-GRAELLS (a cura di), *Transparency in EU Procurements, disclosure within public procurement and during contract execution*, cit., p. 201 ss.; A. MALANDRINO, *Il diritto di accesso ai documenti nelle gare d'appalto e la tutela degli interessi commerciali legittimi e della concorrenza*, nota a Trib. I grado UE, sez. II, 29 gennaio 2013, n. 339, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2013, p. 1803 ss.

<sup>89</sup> Sulla natura di tale dichiarazione si veda da ultimo A. AVINO, *L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive*, commento a TAR Lazio, Roma, sez. I, 19 maggio 2018, n. 5583, in *Urb. e App.*, 2018, p. 690 ss.; in termini anche Cons. Stato sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6393.

<sup>90</sup> Si noti l'ambito soggettivo più ristretto (solo i partecipanti alla gara) rispetto al regime generale previsto dagli artt. 22 et ss.; sul punto si veda A. AVINO, *op. cit.*, p. 696.

<sup>91</sup> Art. 56, comma 6, come da ultimo corretto con *errata corrige* del 15 luglio 2016.

<sup>92</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3431.



sussistano tali condizioni; dovrà inoltre negare l'accesso laddove il richiedente sia già incorso in eventuali preclusioni processuali<sup>93</sup>.

#### 4.2. ...e l'interpretazione giurisprudenziale: ancora sul caso *Arriva Italia Sardegna*

Il contrasto di interessi sopra delineato è alla base del giudizio in materia di accesso che si inserisce nella controversia, precedentemente analizzata, relativa all'affidamento diretto del trasporto locale su ferrovia nella Regione Sardegna.

Nel caso specifico, Arriva Italia presentava alla Regione Sardegna un'istanza di accesso ad una serie di documenti, sia relativi alla procedura (in particolare per valutare le modalità e gli importi delle compensazioni a favore di Trenitalia), che propri della struttura finanziario-organizzativa di Trenitalia «*ai fini della tutela giurisdizionale della propria posizione in ordine all'affidamento del medesimo servizio*». A fronte dell'accoglimento solo parziale della Regione, Arriva Italia presentava ricorso al TAR, che lo accoglieva. Il Consiglio di Stato<sup>94</sup> negava invece l'accesso, ritenendo che gli obblighi pubblicitari direttamente previsti dal regolamento n. 1370/2007 per il caso di affidamenti senza gara – cui la regione si era adeguata – fossero già di per sé particolarmente analitici e che fossero, unitamente alle informazioni fornite in seguito all'accoglimento parziale dell'istanza, in grado di soddisfare i bisogni conoscitivi prospettati da Arriva Italia. In particolare, chiariva che «*le medesime considerazioni devono essere svolte anche con riguardo alle possibili violazioni del divieto di sovvenzioni incrociate e per quanto concerne eventuali modifiche delle condizioni contrattuali rispetto a quelle oggetto dell'avviso di pre-informazione, profilo in ordine al quale, peraltro, Arriva Rail Italia s.r.l. non ha dedotto che gli strumenti pubblicitari tipici prefigurati dal più volte citato art. 7 del regolamento n. 1370 del 2007 non sarebbero sufficienti ai fini della tutela ex art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990*»<sup>95</sup>. Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non fosse sufficientemente provato il nesso di strumentalità tra i documenti di cui si chiedeva l'accesso e le esigenze di tutela giudiziaria e che, pertanto, nel caso in esame, dovesse prevalere l'interesse alla protezione delle informazioni economico-industriali della controinteressata Trenitalia<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Catania, sez. III-ter, 10 maggio 2011, n. 4081; Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2011, n. 6996; Id. 24 marzo 2014, n. 1446; si veda M.E. COMBA, *op. cit.* p. 216 ss.

<sup>94</sup> Cons. Stato, sez. V., 24 maggio 2018, n. 3122, par. 2.

<sup>95</sup> *ibidem*, par. 20.

<sup>96</sup> Sulla stessa linea si è posto anche un successivo giudizio del Consiglio di Stato, concernente il rigetto della domanda di accesso di Arriva Italia ai documenti relativi all'affidamento diretto del servizio di trasporto a Trenitalia in Liguria (Cons. Stato, sez. V., 4 dicembre 2018, n. 7059). In questo caso il Consiglio di Stato è stato ancora più netto nel ritenere che «*Nel caso di affidamento diretto le informazioni da rendere pubbliche sono quelle e solo quelle specificamente indicate nel comma 3 dell'art. 7, del suddetto regolamento CE n. 1370/2007, per cui l'interesse conoscitivo degli operatori economici del settore deve ritenersi soddisfatto con la pubblicazione delle dette informazioni* (Cons. Stato, Sez. V, 24/5/2018, n. 3122). Da quanto sopra discende che correttamente il Tribunale ha negato l'accesso ai dati richiesti dall'odierna appellante, tenuto conto che una volta appurato che nella fattispecie non vi erano spazi per una procedura comparativa [poiché l'autorità aveva chiaramente espresso l'intenzione di procedere con un affidamento diretto], la richiedente non poteva vantare alcun interesse ad ottenere informazioni dichiaratamente finalizzate a consentire la formulazione di un'offerta competitiva». È bene precisare, tuttavia, che in questo caso Arriva Italia aveva chiesto l'accesso alle informazioni al fine di presentare

Difficile dire se, nel caso specifico, le informazioni per cui si chiedeva l'accesso fossero realmente necessarie all'impresa per presentare un'offerta adeguata, così come, sotto altro profilo, per valutare ipotesi di indebiti finanziamenti incrociati; parimenti difficile dire se l'opposizione di Trenitalia fosse veramente rivolta a proteggere segreti industriali.

Tuttavia, al di là di qualsiasi considerazione sul merito specifico della vicenda, non si può non considerare come, laddove la Corte europea dovesse accedere ad un'interpretazione estensiva dell'art. 7 del regolamento n. 1370/2007 (vedi *infra*), gli operatori economici interessati a subentrare nella gestione del servizio dovrebbero esser messi pienamente a conoscenza di quegli elementi tecnici, gestionali ed economici relativi al servizio da affidare utili al fine di predisporre una proposta competitiva. Elementi che non necessariamente vengono ricompresi negli obblighi di pubblicità preventiva previsti dall'art. 7 del regolamento. E, quindi, qualora l'autorità locale competente non provveda autonomamente e direttamente a rendere disponibili tali dati, il soggetto interessato dovrebbe poter ricorrere allo strumento dell'accesso, sia per poter predisporre un'offerta competitiva, sia soprattutto in ottica difensiva<sup>97</sup>.

A quest'ultimo riguardo, è inoltre interessante chiedersi se la procedura delineata dall'art. 7 del regolamento europeo, ed in particolare la possibilità di presentare offerte informali da parte di concorrenti, possa essere considerata già come una procedura ad evidenza pubblica, ai fini dell'applicabilità della disciplina dell'accesso prevista dall'art. 53 del Codice degli appalti, così come attualmente interpretato. Una soluzione in senso affermativo potrebbe, forse, alla luce del quadro giurisprudenziale sopra delineato, facilitare il compito di *private enforcers* dei soggetti richiedenti.

## 5. Considerazioni conclusive

Il contributo ha messo in risalto l'importanza di garantire un adeguato livello di trasparenza, nelle varie accezioni qui proposte, al fine di assicurare una piena ed effettiva applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, evidenziando il ruolo svolto sia da strumenti previsti *ad hoc* per il rispetto di tale normativa, sia dalle regole generali a tutela della trasparenza.

Alcune considerazioni conclusive possono essere tratte dal quadro così delineato.

In primo luogo, emerge la necessità di una maggiore chiarificazione e semplificazione dell'attuale trasposizione a livello nazionale delle regole volte a garantire la trasparenza delle relazioni finanziarie, facilitandone così il rispetto e

---

un'offerta economicamente competitiva e non, come nel caso precedente, per finalità difensive strumentali alla contestazione sull'intera procedura di gara, dopo aver già presentato un'offerta informale. Pertanto, in questo secondo caso non potrebbe trovare la deroga posta dall'art. 24(7) della legge n. 241/1990, bensì il regime generale in materia di accesso, da coniugarsi unitamente con la disciplina specifica di pubblicità prevista dall'art. 7 del regolamento n. 1037/2007.

<sup>97</sup> Peraltro, occorre considerare che la giurisprudenza della Corte europea in materia di accesso difensivo, specialmente in materia di appalti pubblici, non è sempre stata omogenea e coerente; pertanto, laddove la Corte Europea dovesse essere investita della questione specifica relativa all'accesso, il risultato potrebbe non essere necessariamente a favore di una *full disclosure*. Per un'interessante analisi sul tema e sui diversi orientamenti seguiti nel tempo dalla Corte di giustizia si veda R. CARANTA, *Procurement transparency as a gateway for procurement remedies*, in K.M. HALONEN-R. CARANTA-A. SANCHEZ-GRAELLS (a cura di), *Transparency in EU Procurements, disclosure within public procurement and during contract execution*, cit., p. 57 ss.

l'applicazione, tanto da parte delle autorità pubbliche, che dei giudici chiamati a dirimere eventuali controversie. Ed, in questo senso, le pronunce analizzate testimoniano una sempre maggiore consapevolezza dell'importanza di verificare il rispetto delle regole di trasparenza e separazione societaria nei giudizi in materia di aiuti di Stato.

Appare altresì fondamentale puntare i riflettori sul neonato strumento del registro nazionale degli aiuti di Stato, con la consapevolezza, in particolare che (i) sarà molto importante formare adeguatamente i soggetti in concreto chiamati ad utilizzarlo ed implementarlo, (ii) il registro, per come è strutturato e per le funzioni che si prefigge di svolgere, non è fisiologicamente in grado di identificare, e tanto meno risolvere, tutte le possibili violazioni della normativa sugli aiuti di Stato legate ad una mancanza di trasparenza (si pensi in particolare a forme di finanziamenti incrociati); (iii) sarà fondamentale, infine, affrontare e chiarire alcuni aspetti problematici di cui si è cercato di dare conto, legati al suo funzionamento ed all'eventuale mancata iscrizione nel registro.

La seconda parte del contributo, ha evidenziato il ruolo della trasparenza quale strumento per favorire l'apertura di nuovi mercati alla concorrenza, in quanto fornisce agli operatori interessati ad entrare in un determinato settore strumenti utili per un confronto più omogeneo e competitivo con l'operatore *incumbent*.

Infine, e strettamente collegato con gli altri due aspetti, si è cercato di mettere in risalto il ruolo che le regole generali e settoriali in materia di accesso potrebbero ricoprire all'interno di azioni di c.d. *private enforcement* della normativa in materia di aiuti di Stato e come tali regole siano attualmente applicate dalla giurisprudenza amministrativa nazionale. Al riguardo, risulta cruciale – e forse ancora non pienamente raggiunta – l'individuazione di un adeguato punto di incontro e bilanciamento, sia tra esigenze opposte (riservatezza, accesso), sia tra regimi con finalità solo in parte coincidenti (la disciplina dell'accesso, rispetto all'*enforcement* della normativa in materia di aiuti di Stato).